

# Offres irrégulières et offres anormalement basses : modifications réglementaires et premières solutions jurisprudentielles

Différentes juridictions administratives ont fait application des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016 relatives aux offres irrégulières ainsi qu'aux offres anormalement basses. Le juge a-t-il recours au même type d'analyse que sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics ?

Dans le cadre de la refonte du droit des marchés publics ayant conduit à l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, les notions et le régime des offres irrégulières et anormalement basses ont subi un léger toilettage. Avec, désormais, un recul de quelques mois, l'occasion nous est donnée de mesurer l'apport de ces évolutions sur le droit de la commande publique en distinguant le cas des offres irrégulières de celui des offres anormalement basses.

## Les offres irrégulières : extension du périmètre et possibilités de régularisation

S'agissant des offres irrégulières, deux évolutions peuvent être identifiées tenant à la redéfinition de cette notion et à l'extension des possibilités de régularisation.

### Les adaptations liées à la notion d'offre irrégulière

Aux termes de l'article 59.I du décret du 25 mars 2016, l'offre irrégulière est « une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ». Si l'on met en perspective cette définition avec celle donnée par l'ancien

## Auteur

Hervé Letellier

Edith Tiar

Avocats

SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

## Mots clés

Définition • Offres anormalement basses • Offres irrégulières  
• Régularisation

article 35 du Code des marchés publics<sup>(1)</sup>, deux modifications peuvent être relevées.

Premièrement, alors que l'identification d'une offre irrégulière était assise sur deux éléments alternatifs - soit que l'offre était regardée comme incomplète soit qu'elle ne respectait pas les exigences formulées dans les documents de la consultation et dans l'avis d'appel public à la concurrence -, le nouveau texte fusionne ces deux conditions. Le caractère « incomplet » de l'offre n'apparaît donc plus comme un critère à part entière de l'offre irrégulière mais comme l'expression, principale sans être exclusive (ce que traduit l'adverbe « notamment »), d'une méconnaissance des documents de la consultation. Cette adaptation s'avère pour le moins cohérente puisque le caractère complet d'une offre ne s'apprécie pas *in abstracto* mais au regard des exigences imposées par l'acheteur<sup>(2)</sup> ; tandis que la méconnaissance des documents de la consultation ne se limite pas au cas de l'offre incomplète, une offre pouvant comprendre tous les éléments attendus mais ne pas répondre, par exemple, aux exigences contractuelles de l'acheteur<sup>(3)</sup>. C'est donc sur la base de cette nouvelle formulation que la jurisprudence a été amenée à reconnaître l'existence d'offres irrégulières en raison de la violation de contraintes (pour peu qu'elles ne soient pas superflues<sup>(4)</sup>) de fond ou de forme de la consultation<sup>(5)</sup>.

Deuxièmement, la définition de l'offre irrégulière embrasse désormais un périmètre plus large en englobant aussi les offres qui méconnaissent « la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale » ; idée certes appréhendée par l'ancienne réglementation mais au travers de la notion (distincte) d'offre inacceptable. Les nouveaux textes proposent ainsi une redéfinition des périmètres respectifs de l'offre irrégulière et de l'offre inacceptable en isolant d'un côté l'offre irrégulière - notion juridico technique - comme celle qui méconnaît une norme (documents de la consultation ou législation) et de l'autre l'offre inacceptable - notion financière - comme celle excédant les crédits alloués au marché.

Ici aussi l'impact est avant tout terminologique : là où les acheteurs et la jurisprudence éliminaient les propositions méconnaissant la réglementation (par exemple les stipulations d'une convention collective<sup>(6)</sup>) ou la légis-

lation relative au prix des livres<sup>(7)</sup>) sur le fondement de l'offre inacceptable, ils y procèdent désormais sur celui de l'offre irrégulière. C'est ainsi, par exemple, qu'a été regardée comme telle l'offre prévoyant un taux de charge patronale de 14 % alors que celui-ci est d'environ 40 %<sup>(8)</sup> ou reposant sur des conditions d'exécution contraires à la réglementation de la publicité<sup>(9)</sup> ; tandis qu'a été jugée comme régulière l'offre qui n'intègre pas (ou pas totalement) le coût de la reprise des salariés du titulaire sortant, l'article L. 1224-1 du Code du travail n'interdisant pas de redéployer les effectifs en cause sur d'autres missions au sein de l'entreprise<sup>(10)</sup>.

## La modification afférente à la régularisation des offres

Concrètement, la principale modification introduite par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 réside donc dans la révision des solutions de régularisation.

Si ce procédé n'était certes pas inconnu - la jurisprudence ayant admis la possibilité de régulariser des offres irrégulières en procédure adaptée<sup>(11)</sup> (ce qui de facto excluait les procédures d'appel d'offres<sup>(12)</sup>) -, il se trouve aujourd'hui étendu par les articles 59.II et III du décret du 25 mars 2016. Le premier permet en effet à l'acheteur, dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation (donc là où la jurisprudence l'interdisait), d'autoriser les soumissionnaires à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié (à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses). Tandis que le second, afférent aux procédures permettant des échanges avec les opérateurs, prévoit un mécanisme en deux temps en précisant d'abord, ce que reconnaissait la jurisprudence, que les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue et, ensuite, que l'acheteur, après les négociations<sup>(13)</sup>, peut faire in fine régulariser les offres irrégulières (et seulement celles-ci).

Ce faisant, si la jurisprudence récente est, pour l'essentiel, venue confirmer certaines positions antérieures, tenant notamment au fait que l'acheteur - qui doit toujours respecter le principe d'égalité<sup>(14)</sup> -, n'est jamais

(1) « Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation »

(2) CE 25 mars 2013, Département de l'Hérault, req. n°364824 ; CE 29 juin 2012, Société signature, req. n°357617.

(3) CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606.

(4) En ce sens, a. contr. TA Rennes 25 juillet 2016, Sobap, req. n° 1602970.

(5) TA Orléans 30 décembre 2016, SELAS ALTRA CONSULTING, req. n° 1604099 ; TA Versailles 4 septembre 2017, Société Europe Service Voirie, req. n° 1706031 ; TA Marseille, Société SMA Environnement, req. n° 1703325.

(6) CE 11 décembre 2013, Sté antillaise de sécurité, req. n° 372214.

(7) CE 28 septembre 2016, Sté Bibliothèque, req. n° 400393.

(8) TA 29 mars 2017, Silim environnement, req. n° 1701499.

(9) TA Paris 21 avril 2017, Société Clear Channel, req. n° 1705054.

(10) TA Paris 4 mai 2017, Société JCDecaux France, req. n° 1706139/9.

(11) CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense, req. n° 353121.

(12) CE 24 février 2016, Syndicat mixte pour le traitement des ordures ménagères de l'Orme, req. n° 394945.

(13) La jurisprudence rappelait, sur ce point, que l'acheteur devait « à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables » [CE 30 novembre 2011, Min. Défense des anciens combattants, req. n° 353121].

(14) TA Paris 13 juin 2017, SOCIÉTÉ 1616PROD, req. n° 1708607, TA Ord. 21 avril 2017, Société SPIE Sud-Ouest, req. n° 1701503, TA, Ord. 27 juillet 2017, Renault Autocars, req. n° 1701306.

tenu d'inviter le candidat à régulariser<sup>(15)</sup> ni de l'informer lors des négociations de l'irrégularité qui affecte son offre<sup>(16)</sup>, elle a surtout pour intérêt de devoir déterminer les limites fixées par l'article 59.IV du décret du 25 mars 2016 aux termes duquel « la régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres ». A été ainsi regardée comme telle la régularisation d'une offre pour laquelle la décomposition du prix global et forfaitaire n'avait pas été correctement complétée<sup>(17)</sup>, pour laquelle l'acte d'engagement faisait défaut<sup>(18)</sup>, qui ne comportait pas le planning élément essentiel à son appréciation<sup>(19)</sup> ou qui ne comprenait pas le prix d'un poste de prestations (représentant 9 % du coût global) dont la régularisation aboutissait à le porter de 520 603 à 1 738 563 euros HT<sup>(20)</sup>. À l'inverse, la jurisprudence a admis que l'acheteur pouvait solliciter la régularisation de l'offre d'un candidat qui en méconnaissance des documents de la consultation n'avait pas distingué le projet de contrat de maintenance de l'offre de base aboutissant à diminution mécanique du prix de son offre<sup>(21)</sup>. Notons également que le juge administratif a eu l'occasion de définir la notion de « délai approprié » de régularisation en considérant, par exemple, via un faisceau d'indices tirés du nombre d'éléments à renseigner, de l'enjeu financier du marché, de la connaissance du marché, qu'un délai de 48h pour régulariser était approprié, l'opérateur étant évidemment tenu de respecter cette contrainte<sup>(22)</sup>.

## Les offres anormalement basses : des précisions sans véritable impact

Si le pouvoir réglementaire et législatif a pris soin d'apporter un certain nombre de précisions au régime des offres anormalement basses<sup>(23)</sup>, celles-ci ont, en réalité, assez peu de portée pratique dès lors qu'elles retranscrivent, pour l'essentiel, la jurisprudence existante, le tout sans d'ailleurs proposer de définition de cette notion.

(15) TA Rouen 18 août 2017, SAS Ikos Environnement, req. n° 1702336 ; TA Paris 7 juillet 2017, CTS France, req. n° 1709842/4 ; TA Paris 22 décembre 2016, Société Otis, req. n° 1620945/3-5 (cf. sur la base de l'ancienne réglementation : CE 20 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants, req. n° 353121).

(16) TA Amiens 17 août 2017, Libriciel, req. n° 1700471.

(17) TA Amiens, Ord. 10 août 2017, Société nouvelle Fidon, req. n° 364824, req. n° 1701975.

(18) TA Marseille 6 juillet 2017, Société Santerne Marseille, req. n° 01704195.

(19) TA Nice, 26 janvier 2017, Société Sud Bâtiment Rénovation, req. n° 1605221.

(20) TA Toulon 24 août 2017, Société Bouygues énergies, req. n° 1702533.

(21) TA Toulouse 21 avril 2017, Société SPIE sud-ouest, req. n° 1701503.

(22) TA Lille 3 août 2017, ARCELOR MITTAL, req. n° 1706279.

(23) Sur ce point, Cf. S. Nicinski, « Offres anormalement basses : quoi de neuf », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 273, février 2017.

## Les précisions apportées quant au régime de l'offre anormalement basse

Sur ce point, deux enrichissements sont à relever, résultant des articles 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 60 du décret d'application.

D'abord, la nouvelle réglementation précise les obligations à la charge des acheteurs, celui-ci étant, d'une part, tenu de mettre en œuvre une procédure contradictoire en sollicitant de l'opérateur qu'il fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre dès lors que celle-ci semble anormalement basse<sup>(24)</sup> et, d'autre part, contraint de rejeter, à l'issue de ce processus, les offres qui s'avèrent effectivement anormalement basses. Les nouveaux textes sont donc plus précis que leurs prédécesseurs puisque ces derniers laissaient entendre que l'acheteur disposait de la faculté de ne pas écarter une offre anormalement basse tandis qu'ils ne prévoyaient aucune obligation formelle de contrôle en cas d'offre douteuse. Leurs apports s'avèrent, dans les faits, néanmoins circonscrits puisque l'œuvre prétorienne du juge avait déjà permis d'identifier cette double exigence<sup>(25)</sup>. La jurisprudence rendue sur la base de la nouvelle réglementation s'inscrit donc dans la droite lignée de celle antérieure en conditionnant la régularité de l'attribution d'un marché à une offre se démarquant significativement de la concurrence (ce qui suppose qu'un certain nombre d'indices existe) à la mise en œuvre préalable d'une procédure de contrôle<sup>(26)</sup> ; tout en imposant aux acheteurs d'écarter, à l'issue de cette procédure contradictoire, les offres anormalement basses<sup>(27)</sup>.

Ensuite, les nouveaux textes ont le mérite de détailler davantage les contrôles devant être mis en œuvre par les acheteurs en précisant les justifications susceptibles d'être prises en considération pour exclure la qualification d'offre anormalement basse (notamment en y ajoutant les motifs liés aux solutions techniques adoptées ou à la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations) ou les motifs de nature à exclure l'offre notamment « lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des

(24) Cette obligation de contrôle étant d'ailleurs quelque peu renforcée par la loi Sapin 2 modifiant l'article 53 précité pour y préciser que l'acheteur doit mettre « en œuvre tout moyen pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter » ; ce qui relève, pour l'essentiel, d'une pétition de principe dès lors que l'acheteur ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête particulier.

(25) CE, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée Nationale, req. n° 163328 ; CE 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur, req. n° 366606.

(26) En ce sens TA Lyon, 20 juin 2017, Magot, req. n° 1704012 ; TA Poitiers, ord. 26 juillet 2017, Société TRANSDEV POITOU-CHARENTES, req. n° 1701533 ; TA Grenoble, Ord. 20 septembre 2016, Société JEAN PERRAUD ET FILS, req. n° 1604801.

(27) Sur la nécessité de cette procédure et sur la possibilité de régulariser son absence : TA Lille 7 décembre 2016, M. Merchez, req. n° 1608657.

coûts proposés ou lorsqu'il établit que l'offre contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail (...) ». Mais, là encore, l'apport à l'état du droit est assez théorique. En effet, l'ancienne réglementation se bornait à donner une liste indicative des justifications susceptibles d'être apportées par l'opérateur, lesquels étaient donc déjà en mesure, comme aujourd'hui<sup>[28]</sup>, de se prévaloir de la spécificité des solutions ou de la réglementation applicables. Quant aux motifs d'éviction, la jurisprudence, reprise aujourd'hui<sup>[29]</sup>, avait déjà jugé régulières les évictions prononcées lorsque la réponse apportée aux demandes de justifications était insuffisante pour permettre à l'acheteur de se prononcer<sup>[30]</sup> ; de même qu'elle considère, aujourd'hui comme hier, que la méconnaissance des réglementations sociale et du travail peut être révélatrice d'une offre anormalement basse<sup>[31]</sup>.

### La définition prétorienne de la notion d'offre anormalement basse

L'apport des nouveaux textes est donc tout relatif, ce d'autant qu'aucune définition de la notion d'offre anormalement basse n'a été donnée. En effet, s'il fut, un temps, notamment au niveau communautaire, envisagé de définir des critères de l'offre anormalement basse ou en tout cas de l'offre douteuse, cette option a été *in fine*

écartée laissant au juge le soin de définir cette notion, considérée, par le Conseil d'État, comme une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et ainsi susceptible de compromettre la bonne exécution du marché<sup>[32]</sup>. L'identification d'une telle offre s'effectue donc, au cas par cas, par le biais de l'utilisation de certain nombre d'indices (prix proposé, prix de la concurrence, estimation de l'administration, contraintes techniques applicables...) même si ceux-ci ne suffisent pas, pour autant, à qualifier automatiquement l'offre d'anormalement basse.

La jurisprudence récente est donc en parfaite cohérence avec celle rendue sous l'ancien article 55 du Code des marchés publics et continue de procéder à une analyse très casuistique en prenant en compte les caractéristiques intrinsèques de l'offre analysée, ses spécificités, la réglementation applicable ou encore l'importance, dans la volumétrie du marché, des prix douteux<sup>[33]</sup>, le tout en interdisant à l'acheteur de limiter son analyse à une simple mise en perspective de la proposition du candidat avec son estimation interne ou avec le prix des autres candidats<sup>[34]</sup>. Il lui restera peut-être, point sur lequel aucune décision ne semble en l'état avoir été rendue, à se prononcer sur les modalités de mise en œuvre de l'article 62 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 – tant critiqué par les acheteurs – étendant l'exigence de contrôle de l'acheteur à l'offre anormalement basse du sous-traitant, tant au moment du dépôt de l'offre que lorsque la demande est présentée lors de l'exécution du marché.

[28] TA Lyon 24 février 2017, Société renov Livre, req. n° 1700737.

[29] CE 30 mars 2017, Région Réunion, req. n° 406224 ; TA Versailles, Ord. 14 mars 2017, La Société Soins Des Arbres En Milieu Urbain, req. n° 1701322.

[30] CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573 ; CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, req. n° 378434 ; CE 4 mai 2016, Association Elise, req. n° 396590 ; V. Michelin, C. Cabanes, « Offres anormalement basses : mauvaise réponse à une bonne question », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 150, janvier 2015.

[31] TA Lyon 17 janvier 2017, Société MJCM Propreté, req. n° 1609205 ; TA Pau 15 décembre 2016, Société Triangle Propreté, req. n° 1602256 ; TA Nîmes, Société Cooperative Ouvrière De Production MJN, req. n° 1700936.

[32] CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606.

[33] TA Marseille 30 mars 2017, Société coopérative de peinture et d'aménagement, req. n° 1701536 à propos de prix contestés portant sur 7 références sur 250 ; TA Grenoble Ord. 22 juillet 2016, Entreprise CELLAOUATE, req. n° 1603809.

[34] TA Poitiers 14 août 2017, Société Alsatis, req. n° 1701688 ; TA Montpellier 5 juillet 2017, Société de métallerie Gargini, req. n° 1704428 ; TA Melun 7 juillet 2017, Société Sacofa, req. n° 1704428.